

SENTENCIA N° cuarenta y nueve /2015.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, **a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil quince**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los **Dres. Federico Sommer, Daniel Varessio y Gladys Mabel Folone**, presidida por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia de impugnación en el caso judicial **"COMISARIA QUINTA S/INVESTIGACION HOMICIDIO"** (Legajo MPFNQ 10.501/2014), debatido en audiencia oral y publica el pasado día 1 de Julio de 2015, habiendo intervenido por el Ministerio Público Fiscal el Dr. Maximiliano Breide Obeid, el Dr. Juan Manuel Coto por la querrela y por la asistencia técnica de las imputadas, los Dres. Gustavo Vitale y Luis María Varela; en causa seguida contra las ciudadanas **Silvina Ailín TURRA**, DNI 37.758.492, nacida en Neuquén capital, el 08 de febrero de 1994, hija de Victoriano y Mirta MOLINA, soltera, sabe leer, escribir y firmar, y **Bella Eugenia NAHUEL**, DNI 33.002.102, argentina, nacida el 15 de mayo 1987 en Allen, Pcia. de Río Negro, hija de Juan y Fabiana Verdugo, soltera, ama de casa, con instrucción primaria completa.

ANTECEDENTES:

I.- Que por sentencia del registro del Colegio de Jueces de la Ciudad de Neuquén dictada el día 31 de Marzo de 2014 y en virtud del veredicto del jurado

popular de fecha 4 de diciembre de 2014, el Dr. Alejandro Cabral resolvió condenar a EUGENIA BELLA NAHUEL y a SILVINA AYLÍN TURRA, por el delito de HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO en carácter de coautoras (arts. 165 y 45 del C.P.) y les impuso a las nombradas la pena de ONCE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS DEL PROCESO.

En contra de tal resolución, tanto la Defensa Oficial como la particular interpusieron recurso de impugnación ordinaria (arts. 242 y 243 del C.P.P.N.), celebrándose la referida audiencia prevista en el artículo 245 del C.P.P.N., oportunidad en que los recurrentes expusieron los agravios deducidos y sus fundamentos y, por su parte, las partes acusadoras contestaron los mismos.

I.a) El Dr. Juan M. Varela plantea la nulidad de la sentencia que condena a su asistida Turra en razón que en la misma no se transcriben las instrucciones dadas al jurado conforme lo estipula el art. 211 del C.P.P.N.. Esto a su criterio, vulnera el derecho de defensa y le causa un gravamen irreparable, ya que postula que esa transcripción es una garantía del imputado. Por ello solicita la nulidad de la sentencia. Subsidiariamente, impugna la sentencia y postula como agravios, 1) que la calificación jurídica no se corresponde con el veredicto emitido por el jurado popular; entidad jurídica sobre la

decisión del jurado ya que afecta la congruencia por cuanto el bien jurídico tutelado por el art. 165 del C.P. es absolutamente distinto al protegido por el art. 80 inc. 7 del C.P.; 2) posibilidad que el delito previsto por el art. 165 del C.P. conlleve la figura de homicidio culposo o preterintencional.

I.b) Por su parte, el Dr. Gustavo Vitale en calidad de Defensor Oficial, postuló que la sentencia condenatoria se encuentra dentro de los actos previstos como impugnables conforme las previsiones de los arts. 233 y 238 del ritual vigente.

Agrega en concordancia con el primer agravio y/o planteo del anterior recurrente, que la sentencia condenatoria resulta nula por no cumplir las condiciones esenciales requeridas, en cuanto no transcribe las instrucciones dadas por el juez al jurado y el veredicto de conformidad a lo exigido por el art. 211 del C.P.P.N. Indica que es una exigencia de legalidad y está incumplida. En carácter subsidiario, plantea los siguientes agravios: 1) nulidad por incongruencia y falta de unificación entre la acusación del Ministerio Público Fiscal y la de la Querrela particular; 2) nulidad del veredicto por afectación a la imparcialidad del jurado por conducta impropia del acusador; 3) inconstitucionalidad del art. 35 del ritual en la medida que impone la obligación

del juicio por jurados en contra de la voluntad del imputado; 4) inconstitucionalidad de los arts. 209 y 211 del C.P.P.N. en cuanto permiten que se emita un veredicto de culpabilidad sin expresión de razones y fundamentos; 5) de la calificación jurídica adjudicada al hecho motivo de condena por parte del juez profesional; 6) menor pena por cambio de calificación legal por lo que solicita la imposición de una pena de un (1) año y seis (6) meses de prisión de ejecución condicional, y 7) menor pena por la errónea aplicación del art. 41 del C.P., respectivamente.

I.c) Que el Sr. Fiscal sostiene que en el presente caso se han dictado dos (2) sentencias por el juez técnico, una correspondiente al veredicto del juicio por jurados y otra correspondiente al juicio de cesura. Postula que ambas están debidamente notificadas, y la primera de ellas contiene la transcripción de las instrucciones generales y particulares impartidas al jurado popular.

En lo que a los agravios subsidiarios interpuestos por los recurrentes, dictamina que en lo que respecta a que los juicios criminales serán por jurados populares el Dr. Gustavo Vitale se contradice en esta instancia de impugnación con lo que sostuvo en oportunidad de alegar en el juicio. En tal sentido, sostiene que en el juicio por jurados se impuso la teoría del caso de la defensa por sobre la teoría de la parte

acusadora. Concluye requiriendo que se rechacen los planteos defensistas por resultar improcedentes y por no existir agravio.

I.d) A su turno la querrela solicita que se rechacen en todos sus términos los planteos de ambos quejosos. Manifiesta que la sentencia dictada no es nula ya que omiten consignar sendos recurrentes que hubo una sentencia de responsabilidad previa al dictado de la sentencia de pena. Concluye que la sentencia dictada conforme el veredicto de culpabilidad y que declara la responsabilidad de las acusadas se notificó a las partes, y en tal sentido, le confirió a las partes el plazo para ofrecer prueba a producir en la instancia de determinación de pena. Que en lo que refiere al planteo subsidiario de nulidad de la sentencia por incongruencia entre la acusación de la parte querellante y el acusador público, arguye que debe rechazarse por cuanto no causa gravamen. En cuanto a la afectación de la garantía de imparcialidad del jurado popular, refiere que el juez técnico impartió las instrucciones respecto de lo que no es prueba.

Solicita también el rechazo del agravio direccionado a la inconstitucionalidad de los arts. 35, 209 y 211 del ritual. Por ultimo, en lo atinente al agravio respecto de la graduación de la pena, sostiene que válidamente el juzgador tuvo en cuenta la pauta de

extensión del daño en cuanto a la ferocidad de las lesiones impartidas a la víctima que representa.

I.e) Conferida la última palabra a los impugnantes, reiteran la admisibilidad formal de los recursos y refutan las réplicas.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Federico Sommer**, luego el **Dr. Daniel Varessio** y, finalmente, la **Dra. Gladys Mabel Folone**.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

El **Dr. Federico Augusto Sommer**, dijo:

Considerando que las impugnaciones han sido deducidas en tiempo y forma, por las defensas de las acusadas como partes legitimadas subjetivamente y contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento (arts. 233, 236 y 238 inc. 3º del C.P.P.N.).

A la oposición Fiscal referida a la admisibilidad del recurso incoado por la defensa, me remito a lo resuelto en precedentes en los cuales se ha resuelto

que tratándose de la impugnación de una sentencia condenatoria; la pretensión recursiva se enmarca en el ejercicio del derecho conferido por la garantía contenida en el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos. Agrego que ello resulta conforme a la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal" (Fallos 328:3399) que receptó los lineamientos trazados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica". En tal inteligencia, reitero lo ya sostenido por el suscripto como Juez del Tribunal de Impugnación Provincial en oportunidad de dictar sentencia en los casos "POSSE CARLOS BRUNO S/ HOMICIDIO SIMPLE" (Sentencia Nro. 98/14), "GONZÁLEZ, JOSÉ SEBASTIÁN S/ HOMICIDIO" (Sentencia Nro. 128/14), "SALINAS CEFERINO; LANDAETA HECTOR DANIEL; CARDOZO DENIS IVAN; MARIGUIN VALENZUELA IVAN MARCELO S/ ROBO AGRAVADO, DELITO CONTRA LA VIDA"(sentencia Nro. 01/15), y "FUENTES" GERARDO RUBÉN S/HOMICIDIO" (sentencia Nro. 08/2015), en cuanto al derecho de revisión íntegra del fallo condenatorio (Arts. 242 y ctes. del C.P.P.N., en función de los Arts. 8.2.h. de la C.A.D.H. y 75, inc. 22, de la C.N.).

El **Dr. Daniel Varessio**, expresó: sobre esta primera cuestión me expido en idéntico sentido a la conclusión a la que arriba el colega preopinante.

La **Dra. Gladys Mabel Folone**, manifestó:
Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?

El **Dr. Federico Sommer**, dijo:

II.a) Debo reseñar que uno de los agravios invocados resulta común a sendos recurrentes, por cuanto tanto el Dr. Juan M. Varela como el Dr. Gustavo Vitale plantean la nulidad de la sentencia que condena a sus asistidas en razón de que la misma no transcribe las instrucciones dadas al jurado conforme lo estipula el art. 211 del C.P.P.N.

En sentido contrario, las partes acusadoras sustentan la existencia de dos (2) sentencias que fueran dictadas por el juez profesional que dirigiera el debate, y en tal sentido, descartan la vulneración del derecho de defensa denunciado.

Ahora bien, advierto que ambos recurrentes se apartan del principio de buena fe procesal en la litigación adversarial por cuanto en mayor o menor medida suministran información errónea a este Tribunal revisor. Doy razones. La sentencia registrada bajo Nro. 03/2014 del registro del Colegio de Jueces de Neuquén fue dictada por el Dr. Alejandro Cabral el día 4 de Diciembre

de 2014, y previa cita de las instrucciones generales y particulares impartidas al jurado popular, resuelve declarar culpables a las imputadas conforme el veredicto popular emitido y por el hecho que provisoriamente califica como Homicidio en ocasión de robo (art. 165 C.P.). En su punto resolutivo II, dispone otorgar "5 (cinco) días a las partes para el ofrecimiento de prueba relativa a la fijación de pena (art. 178 segundo párrafo del C.P.P.N.)". Finalmente a lo referido por el Dr. Defensor Oficial en la audiencia de impugnación celebrada, la citada sentencia fue registrada y notificada a la totalidad de las partes en fecha 3 de Febrero de 2015, y en virtud de ello, con excepción del nulidicente, las partes litigantes ofrecieron prueba para el juicio de cesura. En suma, del sólo cotejo del legajo, la consulta del sistema de gestión de la Oficina Judicial y la lectura de la sentencia dictada se advierte que el agravio invocado no sólo resulta inexistente, sino que fue fundamentado en circunstancias falsas del trámite del proceso. Por demás ilustrativo de la frágil argumentación defensiva de esta queja, lo constituye el hecho que el Dr. Luis María Varela ofrezca prueba para el juicio de cesura y coetáneamente con ello sostenga que no fue notificado de la sentencia que declarara la responsabilidad de su asistida a consecuencia

del veredicto de culpabilidad dictado por el jurado popular.

Habida cuenta de ello, propongo el rechazo in limine del referido agravio -común a ambos impugnantes- por no existir gravamen alguno que sustente la nulidad requerida (art. 95 del C.P.P.N.). Ello sin perjuicio de la exhortación a los recurrentes a evitar conductas procesales contrarias al principio de buena fe procesal. En tal sentido, se observa que los recurrentes emplearon una argumentación artificiosa cuando requirieron la nulidad de la sentencia por ausencia de la transcripción de las instrucciones al jurado, pues dicha alegación se contrapone con la referida sentencia de responsabilidad.

II.b) En segundo lugar, y continuando con el orden de agravios invocados por quien argumentara en primer orden en la audiencia -Dr. Luis María Varela en representación de Silvina TURRA-, se agravio por cuanto aduce que la calificación jurídica y la pena establecida en la sentencia no se corresponderían con el veredicto popular emitido.

Al respecto, advierto que el impugnante no ha hecho una crítica razonada del resolutorio puesto en crisis, sino que se limitó a reeditar los agravios señalados oportunamente en la audiencia de cesura y que han recibido acabada respuesta en la instancia de juicio sin

cumplir con el mínimo de fundamentación requerido en relación a la sentencia que lo perjudica. En dicha línea argumental, ha sostenido nuestro máximo tribunal local el requisito de suficiencia recursiva, que exige que el impugnante logre inervar el fallo atacado y demostrar la falta de fundamentación que critica. Agregó que si la crítica del recurrente sólo expresa una mera discrepancia no cumple con una sustentación suficiente, y mucho menos, logra desvirtuar el fallo recurrido (TSJ, caso "YAPURA ALDO DANIEL S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (VCTMA. VILUGRON, MIGUEL ALEJANDRO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA; R.I. Nro. 49 de fecha 5 de junio de 2015)).

II.c) Que en relación a lo que el recurrente titula agravio sobre la entidad jurídica sobre la "decisión" (text.) del jurado, y que afectaría la congruencia por cuanto el bien jurídico tutelado por el art. 165 del C.P. es absolutamente distinto al protegido por el art. 80 inc. 7 del C.P., también habré de propiciar su rechazo. En tal sentido, el alegado agravio no es tal, por cuanto el recurrente no desarrolla fundamentos serios de su pretensión. En tal sentido, y tal como sostuviera el suscripto en el caso "SALINAS-LANDAETA" (Tribunal de Impugnación Provincial del Neuquén, sentencia Nro. 01/2015 de fecha 08/01/2015), el referido principio "(...) importa una ineludible correlación entre acusación - defensa -

sentencia, todo ello circunscripto a lo cabalmente debatido en juicio; esto es, la prohibición de rango constitucional de toda mutación del objeto principal o núcleo esencial de la acusación que importen claramente variaciones en el marco fáctico que conlleven sorpresas para la defensa y su ejercicio efectivo" (...) Al respecto, surge de forma meridiana que el núcleo o esencia del objeto que debe corroborarse entre acusación y sentencia persigue en síntesis que el imputado no resulte condenado por un hecho desconocido o ajeno para él, correlación que se verifica en el presente caso en donde la atribución ilícita, (...), fue paulatinamente precisándose en detalles o circunstancias que no afectaron en ningún momento lo esencial de la acusación (...)" . En suma, la alegada afectación al principio de congruencia, no se corresponde con las constancias de la causa ni con las instrucciones particulares impartidas al jurado popular interviniente, por cuanto el recurrente, en su escrito de impugnación omite ponderar que en el veredicto de culpabilidad arribado se encuadra con una de las posibilidades indicadas al jurado, y que en el caso - Formulario Nro. 2 en orden al delito de homicidio en ocasión de robo- participa de la esencia del hecho investigado objeto de la acusación.

A su vez, el recurrente reedita lo argüido en la audiencia de cesura celebrada, pero omite

consignar y ponderar que su petición -común con el restante impugnante- tuvo debida respuesta jurisdiccional en la instancia anterior, y no sólo no formula una crítica concreta y razonada del decisorio sino que no pondera las circunstancias fácticas que dan por tierra con el presunto agravio. En referencia a esto último, sendos quejosos no ponderan que durante todo el curso del juicio por jurados celebrado las partes acusadoras consignaron que las acusadas "habían ido a robar" por lo que mal puede fundadamente sostenerse que tal delito -que fuera objeto instrucción particular al jurado- no se encuentre comprendido en la acusación ni fuera objeto de juzgamiento.

II.d) Seguidamente, el Dr. Varela sostiene como agravio direccionado la posibilidad que el delito previsto por el art. 165 del C.P. conlleve la figura de homicidio culposo o preterintencional, y en tal sentido califica como equivocada la sentencia del juez de "sesura" (text.).

Sin embargo y más allá del título asignado al citado agravio, lo cierto es que el quejoso cuestiona que se aplique dicho precepto en el presente caso por cuanto conforme su tesis no comprendería los homicidios culposos. Sin embargo, sólo recurre a citas doctrinarias referidas al principio de culpabilidad para sostener que no quedan comprendidas las conductas de las

imputadas en el delito por el cual fueron halladas culpables por el jurado y responsables por el juez de cesura.

Del cotejo del decisorio en crisis, se advierte que el sentenciante fundamentó adecuadamente la calificación legal aplicable al veredicto popular arribado en autos, lo que no fue objeto de crítica fundada por el recurrente. En tal sentido, el a-quo sostuvo que "el delito previsto por el art. 165 del CP, comprende los homicidios culposos, preterintencionales y los dolosos que no ingresen en el art. 80 inc. 7° del CP", con cita de doctrina de Creus y Núñez. Agregó luego que "a criterio del suscripto a diferencia de lo que sucede con el art. 80 inc. 7° del CP, la figura del art. 165 CP permite que la muerte esté conectada bajo una responsabilidad culposa o preterintencional del autor en el hecho. Así en la figura del art. 165 CP quedan comprendidos todos los homicidios cometidos por el autor que se produzcan en el contexto de un robo, ya sean culposos, preterintencionales o dolosos no comprendidos en la figura del art. 80 inc. 7° CP. (...)b Al igual que la figura que prevé el art. 166 inc. 1° del CP, no es necesario que el robo se encuentre consumado para que se configure el delito que prevé la norma del art. 165 CP mientras se produzca un homicidio....".

II.f) Que tal como se advirtiera al abordar el punto II.a) del presente decisorio y dar respuesta al planteo de nulidad de la sentencia por no contener las instrucciones al jurado, reitero que la sentencia dictada por el Dr. Alejandro Cabral el día 4 de Diciembre de 2014, formuló la pertinente cita de las instrucciones generales y particulares impartidas al jurado popular que arribó al veredicto de culpabilidad en contra de su asistida, por lo que me remito a los fundamentos allí vertidos. Máxime ello, cuando el propio recurrente debilita su pretensión en oportunidad de ejercer durante la audiencia el derecho a la última palabra y sostener que aun cuando haya sido notificado de la sentencia comprensiva de instrucciones, sería la misma, igualmente nula ya que "no puede haber dos sentencias". Tal como se sostuviera en dicho Capítulo del presente resolutorio y la exhortación propiciada, los recurrentes no han sido fieles con este Tribunal al reflejar las constancias del legajo y contrariar de modo grave con tal accionar, el deber de probidad y buena fe que debe regir el proceso.

II.g) Seguidamente, habré de abordar la ulterior petición de nulidad de la sentencia por falta de congruencia y falta de unificación entre la acusación del Ministerio Público Fiscal y la de la querrela particular de autos. En tal sentido, anticipo que dicho planteo debe ser

rechazado por falta de gravamen actual, tal como indica el propio recurrente en su libelo recursivo. Ello así, por cuanto la invocada controversia sobre la incongruencia y la falta de unificación de la acusación en los términos del art. 66 del ritual carece de relevancia en autos, por cuanto el jurado popular excluyo por unanimidad la calificación de homicidio criminis causa (art. 80 inc. 7 del C.P.) contenida en el formulario Nro. 1 puesto a consideración. Sólo con tal referencia basta para rechazar el agravio invocado por resultar sólo eventual e hipotético en las presentes actuaciones.

En referencia al principio de congruencia, advierto que tal agravio tuvo adecuada respuesta en el punto II.c) del presente decisorio atento devenir en una queja común de ambas defensas. No obstante ello, habré de agregar que su interpretación en la modalidad de juicio por jurados he sostenido que "(...) importa una ineludible correlación entre acusación - defensa - sentencia, todo ello circunscripto a lo cabalmente debatido en juicio; esto es, la prohibición de rango constitucional de toda mutación del objeto principal o núcleo esencial de la acusación que importen claramente variaciones en el marco fáctico que conlleven sorpresas para la defensa y su ejercicio efectivo". (...) Al respecto, surge de forma meridiana que el núcleo o esencia del objeto

que debe corroborarse entre acusación y sentencia persigue en síntesis que el imputado no resulte condenado por un hecho desconocido o ajeno para él, correlación que se verifica en el presente caso en donde la atribución ilícita,(...), fue paulatinamente precisándose en detalles o circunstancias que no afectaron en ningún momento lo esencial de la acusación (...)" (Tribunal de Impugnación de la Provincia del Neuquén, caso "SALINAS, CEFERINO; LANDAETA, HECTOR DANIEL; CARDOZO, DENIS IVAN; MARIGUIN VALENZUELA, IVAN MARCELO S/ ROBO AGRAVADO, DELITO CONTRA LA VIDA (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", sentencia Nro. 01/2015 de fecha 09/01/2015, en Sala integrada por los Dres. Gustavo Ravizzoli, Raúl Aufranc y Federico Sommer).

II.h) En relación al planteo de nulidad del veredicto por afectación a la imparcialidad del jurado por conducta impropia del acusador público interviniente, también propicio su rechazo por no concluir que la conducta procesal referida tuvo una entidad tal que motive la existencia de un jurado parcial o de un veredicto irrazonable fundado en presiones externas (art. 5 del C.P.P.N.). En igual sentido, y tal como sostuvieran las partes acusadoras en su réplica, lo argumentado por el Ministerio Público Fiscal en su alegato inicial, no es prueba y así fue establecido por el juez profesional en las instrucciones generales conferidas al jurado popular. En

tal sentido, y bajo el título de "DEFINICIÓN DE LO QUE NO ES PRUEBA" se le indicó al jurado popular como instrucción -extremo infundadamente controvertido por los recurrentes que "hay ciertas cosas que no son prueba y, por lo tanto, no deben valorarlas ni pueden basarse en las mismas para decidir este caso. Los alegatos de las partes -Fiscal y Defensores- al comienzo o al final de este caso, no son prueba. Tampoco es prueba nada de lo que yo o los abogados hayamos dicho durante este juicio, incluyendo lo que yo les estoy diciendo ahora. Sólo son prueba lo dicho por los testigos, los peritos y la prueba exhibida" (el subrayado me pertenece). En la parte pertinente a las instrucciones particulares, también se reitera el concepto y se consigna e instruye que "no se pueden valorar hechos anteriores".

En suma, la esgrimida causal de veredicto nulo por conducta impropia del acusador público fue subsanada por el juez profesional al instruir al jurado que el alegato no constituye prueba y que no deben valorar hechos anteriores, por lo que no se presenta el agravio de referencia.

II.i) El siguiente agravio se refiere a la alegada inconstitucionalidad del art. 35 del ritual en cuanto impone la obligación del juicio por jurados en contra de la voluntad del imputado. Ahora bien, del solo cotejo de las audiencias de control de acusación celebradas

se concluye que la manifiesta inconstitucionalidad alegada sobre la regulación del instituto del juicio por jurados en el orden local, recién se introduce en esta instancia recursiva. A la luz de la teoría de los actos propios, se advierte que mientras arguye en esta oportunidad la irrecurribilidad de lo resuelto en la audiencia de control de la acusación con cita del art. 172 del C.P.P.N., del visado del legajo se advierte que contrariamente a tal afirmación recurrió en dos oportunidades lo allí resuelto sin invocar el ahora tardío agravio invocado. Habida cuenta de ello, resulta de aplicación dicha regla genérica receptado por el Cívero Tribunal Nacional (Fallos: 330:1927, ya que de lo contrario, se admitiría "una suerte de retractación de su propia omisión. Admitiéndose así la alegación de la propia torpeza en perjuicio de los intereses mas elementales del imputado" (TSJ, SALA PENAL, en caso "PRATI, MONICA", R.I. Nro. 61/2014, de fecha 19/04/2014).

En tal sentido y sin perjuicio de lo tardío del agravio invocado, estimo aplicable el criterio de nuestro Máximo Tribunal Nacional cuando ha indicado repetidamente que no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento, pues las leyes sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público (C.S.J.N., Fallos: 249:343 y 330:3565, entre muchos otros).

A su vez, en precedentes en los cuales se ha cuestionado la competencia del jurado popular este Tribunal de Impugnación ha convalidado la misma, en tanto y cuanto se encuentran satisfechos los requisitos establecidos en el art 35 del rito local, que en autos, se cumplen sin hesitación alguna.

Por su parte, mas allá de la invocación dogmática de contenido constitucional, el recurrente tampoco ha explicitado debidamente cuál es el agravio que le significó ser juzgado por jurados populares en lugar de jueces técnicos (TSJ, SALA PENAL, en caso "RUBIO AGRIPINO S/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE"; R.I. N° 30/2015 de fecha 22 de abril de 2015).

Aun así, es necesario destacar que el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional regla las facultades que las provincias le han delegado al Congreso Nacional, derivándose de dicha norma que la facultad de dictar los códigos de procedimiento es una facultad del legislador local. En dicha faena, mediante la sanción de la ley 2784 la Legislatura de la Provincia del Neuquén ha implementado el juicio por jurados y ha establecido, entre las diversas normas de aplicación de esta modalidad de juzgamiento, que la competencia del tribunal que va a intervenir -técnico o popular- la fija el juez sobre la base de la pretensión punitiva que expresa el Ministerio Público Fiscal, que no contraviene en nada lo reglado por

el art. 118 de la Constitución Nacional. En favor de la extemporaneidad del planteo que arguye el Ministerio Público Fiscal, debo reseñar que la presente queja no fue desarrollada en las audiencias de control de acusación celebradas en autos, sino que recién se invoca con posterioridad al dictado de un veredicto popular de culpabilidad.

Que en lo que a la inconstitucionalidad se refiere, configura pacífica doctrina que la pretendida declaración de inconstitucionalidad de una norma -en este caso del Art. 35 del C.P.P.N.-, es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como de última ratio (Fallos 288:325; 290:83; 312:122; 435; 496 y 1437; 314:407; 316:2624; 317:44; 322:1349), ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos 314:424 y sus citas; 319:178; entre otros); situación que, por los argumentos que antes expuestos no acontece en la especie (TSJ de Neuquén, Sala Penal, "BANCO PROVINCIA S/DENUNCIA (TEMUX) (IMPUGNACION EXTRAORDINARIA", Ac. N° 9/15 de fecha 22/04/2015).

Corolario de ello, y en atención a lo expuesto, considero que debe rechazarse el agravio invocado y la petición de declaración de inconstitucionalidad del art. 35 del C.P.P.N. (arts. 24 y 118 de la Constitución Nacional).

II.j) Seguidamente, el recurrente solicita la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 209 y 211 del C.P.P.N. en cuanto permiten que el jurado popular emita un veredicto de culpabilidad sin expresión de razones y fundamentos.

A fin de dar respuesta a dicho agravio, creo relevante principiar el tratamiento del mismo, remitiéndome a lo que he oportunamente señalado en otro precedente de este Tribunal revisor (Sentencia Nro. 128/14 de fecha 10/12/2014 en caso "GONZÁLEZ, JOSÉ SEBASTIÁN S/ HOMICIDIO"; Leg. Nro. 10.842/2014), en tal ocasión destacué la obra de Andrés Harfuch en cuanto sostiene que el recurso en el juicio por jurados no difiere en nada con el recurso en el juicio común, y que la diferencia se encuentra en la metodología de litigación y en su interposición obra (El juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, págs. 89-91). Afirmé en dicho decisorio que "para el jurista anglosajón, el veredicto del jurado carece de la más mínima importancia cuando se interpone un recurso contra la condena. ¿Cómo podría

impugnarse el contenido de un veredicto del jurado, que debe permanecer necesariamente inmotivado por razones cruciales para la preservación del sistema?. Lo que se impugna nunca es el veredicto. Jamás. Y este es uno de los principales errores culturales que, por traslación mecánica de la práctica de recurrir sentencias escritas de jueces profesionales, debemos despejar. El veredicto de culpabilidad del jurado es simplemente un juicio subjetivo de convicción que es consecuencia de dos "antecedentes necesarios", como diría Julio Maier: las instrucciones del juez y el estándar de duda razonable. Se trata de dos estándares previos, objetivos y perfectamente controlables por las partes durante todo el juicio, y especialmente, por la defensa en el recurso de casación. Ambos, en conjunto, permiten recurrir con la máxima amplitud los hechos y el derecho. Lo que se recurre en un juicio por jurados, nuevamente, no es el veredicto: lo que se cuestiona directamente son las instrucciones del juez y el estándar probatorio de culpabilidad más allá de la duda razonable (la cantidad y calidad de prueba producida en el debate)" (HARFUCH, Andrés, op. cit. pág. 308/9). En la labor revisora a la luz de los precedentes "Herrera Ulloa" de la C.I.D.H. y "Casal" de la C.S.J.N, y conforme la normativa de los arts. 8.2.h C.A.D.H. y 14.5 P.I.D.C.P., se debe recurrir a la más amplia revisión de los hechos y del

derecho con base en las instrucciones y el resultado del veredicto. También resulta aplicable la doctrina elaborada por el Dr. Alfredo Elosu Larumbe en su trabajo denominado "Algunas consideraciones básicas del recurso en los juicios por jurados" (publicado en www.jusneuquen.gov.ar), con referencia a la sentencia que dictara el suscripto en caso "POSSE CARLOS BRUNO S/ HOMICIDIO SIMPLE" (Sentencia Nro. 98/14 del registro del Tribunal de Impugnación en Leg. OFIJU Nro. 138/2014) en la primer impugnación resuelta a nivel local respecto de un veredicto de culpabilidad. En dicha oportunidad, destacué que el derecho constitucional del imputado a recurrir la sentencia condenatoria tiene el mismo alcance cuando la condena emana de un tribunal compuesto por jueces profesionales que cuando se apoya en el veredicto dictado por un jurado popular. Cuando se habla de recursos, la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos no priorizan el tipo de tribunal -técnico o popular- que emite la sentencia, sino desde la garantía del imputado a una revisión "amplia e integral" de los hechos, del derecho y de la prueba producida en la sentencia que lo condena. En similar sentido me pronuncié en "FUENTES S/ HOMICIDIO" (sentencia Nro. 08/2015 de fecha 09/03/2015). Al respecto, también Alberto Bovino expresa, con absoluto énfasis, que: "Que no se pueden recurrir los veredictos condenatorios: esto es

falso. En la tradición anglosajona, el recurso que se interpone contra la sentencia condenatoria permite cuestionar los mismos temas que son objeto de impugnación en nuestro sistema legal" (BOVINO, Alberto, "Zaffaroni y el jurado, una relación poco feliz: Una expresión más de resistencia judicial a la participación ciudadana", publicado en www.nohuboderecho.blogspot.com.ar en diciembre de 2012).

Habida cuenta de ello, propicio el rechazo a la inconstitucionalidad impetrada, ya que además de lo extemporáneo del planteo a la luz del visionado de las audiencias de control de acusación celebradas, se aduna que la inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como de última ratio (Fallos 288:325; 290:83; 312:122; 435; 496 y 1437; 314:407; 316:2624; 317:44; 322:1349). En igual inteligencia, se sostiene que "...Si se argumenta una situación de inconstitucionalidad, debe requerirse un mínimo de demostración de la inconstitucionalidad alegada, y su atinencia al caso..." (Sagüés, Néstor Pedro, "Recurso extraordinario", tomo 2, 4ª edición, Astrea, Bs. As., 2002, pág. 321; con cita de Fallos: 239:468; 278:62; 305:50 y 306:136).

II.k) En lo que hace a la crítica esbozada contra la calificación jurídica adjudicada al

hecho de condena por parte del juez profesional; debo principiar por referir que dicho agravio ya fue abordado en el punto II.d) del presente decisorio. Reeditando tal argumentación, refiero que el magistrado de grado brindo respuesta a los argumentos vertidos en la audiencia de cesura por el Dr. Julián Berger en su calidad de Defensor Oficial de la imputada Eugenia Bella Nahuel. En tal sentido, sostuvo que el delito previsto por el art. 165 del C.P. comprende los homicidios culposos, preterintencionales y los dolosos que no ingresen en el art. 80 inc. 7° del C.P., que al igual que la figura penal establecida por el art. 166 inc. 1° del C.P. no resulta necesario que el robo se encuentre consumado para que se configure el delito que homicidio en ocasión de robo. Descarto asimismo, los cuestionamientos relativos a la presunta falta de proporcionalidad de la pena fijada por el legislador en el delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del C.P.) para el caso de los delitos cuyo resultado fuera un homicidio culposo o preterintencional, formulando una remisión a que el delito de robo calificado establecido en el art. 166 inc. 1° del C.P. prevé una pena de cinco (5) a quince (15) años para el caso de un robo con lesiones graves, mientras que "aquí amén de haberse producido las lesiones de carácter graves con intención, también se produjo la muerte aunque de manera no intencional, lo que

necesariamente el resultado muerte agrava sensiblemente esta circunstancia, al igual que podríamos decir que lo hace el homicidio en relación al homicidio en grado de tentativa". De modo fundado arguye que "al Jurado se le hizo saber que sobre el art. 165 del CP, existían varias interpretaciones: los que entendían que el resultado muerte era producto de la culpa y por tanto comprendía el homicidio preterintencional y el culposo. Aquellos autores que interpretaban que en dicha figura quedaban incluidos tanto los homicidios dolosos (con intención de dar muerte) como los culposos (sin intención de dar muerte y se producían por negligencia, imprudencia, impericia, violación de los reglamentos). Y, para otros, incluían sólo los homicidios dolosos, quedando excluidos los culposos y preterintencionales. Por lo que pretender que el Jurado no entendió las instrucciones ni las distintas interpretaciones del art. 165 CP, como lo dijo el Dr. Berger, tampoco se corresponde con la realidad de lo sucedido".

Que contrariamente a lo sostenido por el recurrente, prestigiosa doctrina (Nuñez, Creus, Molinario, Jiménez de Asúa) y jurisprudencia sustenta que en el robo calificado del art. 165 del Código Penal la muerte resultante puede ser tanto dolosa como culposa, y salvo caso fortuito (Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires,

sala I, G.,M.F y S.,V.A. 28/08/2008; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "P., R. A.", 27/08/2008, LLO; Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, "Martínez, Carlos Sebastián y otros", 11/06/2008, Sup. Penal 2008 (octubre) 54). A su turno, importante sector de la doctrina incluso sostiene que dicha figura penal comprende solo los resultados de muerte preterintencionales y culposos, de modo concordante con el veredicto arribado por el jurado popular (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Tea, Buenos Aires, 1976, t. IV.).

En lo que a la cuestionada posibilidad de admitir la figura tentada, en sentido contrario a lo postulado por el recurrente, mayoritaria jurisprudencia ha establecido que "La figura prevista en el art. 165 del Código Penal no admite tentativa y se consuma cuando se comete un homicidio con motivo u ocasión del robo, sea éste último tentado o consumado" (Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, en pleno, Merlo, Alberto Alarico• 18/03/2010, LA LEY 07/04/2010, 6). En tal sentido, la queja esgrimida por el recurrente y la petición de atipicidad de la conducta en supuestos en que el robo quede tentado, carece de fundamento razonable. No desconozco que la propuesta subsidiaria esgrimida, por la que se procura la aplicación de la reducción de la escala penal conforme los arts. 42 y

44 del Código Penal es admitida por cierto sector de la doctrina. Sin embargo, luce fundada la decisión cuestionada en cuanto sostiene que la figura del art. 165 de la Ley punitiva no requiere para su aplicación que el despojo se consume, en virtud de tratarse de un delito complejo que adelanta el momento consumativo, centrándolo en el ataque a las personas aunque no haya todavía acto alguno contra la propiedad, con lo cual no admite tentativa, ya que conforme la letra de la norma resulta bastante que (la muerte) ocurra en ocasión de desarrollarse el desapoderamiento.

A la luz del veredicto popular arribado, y aun cuando se postulara que la omisión del jurado a la pregunta referida a si el robo se logró o no se logró debe interpretarse por la segunda posición, por resultar eventualmente mas favorable al imputado, carece en la practica de relevancia. Ello, por que la figura penal establecida en el artículo 165 del Código Penal no admite su tentativa por las propias características del robo, pues la consumación del delito no requiere la del apoderamiento de la cosa ajena, porque, con sujeción al tipo, basta que la muerte ocurra con motivo u ocasión del robo para perfeccionar la figura. A diferencia de la argumentación de desarrollada por el Dr. Vitale, advierto que la figura cuestionada configura un delito complejo e inescindible, distinto de los elementos que lo componen y donde no se

castigan separadamente los ilícitos que lo integran, pues el homicidio allí previsto se ha fundido con el delito patrimonial y en este sentido la acción queda tipificada con la mera producción de aquél, con prescindencia de la consumación del desapoderamiento. Por el contrario, en esta norma en definitiva se resuelve legislativamente un supuesto que, de no existir, encontraría solución a través de la aplicación de las correspondientes reglas concursales; vale advertir que ellas serían las propias del concurso real -artículo 55 del C.P.-, ya que no corresponde predicar que el tipo penal acuñado en el artículo 165 constituya un supuesto de concurso ideal legalmente consagrado, pues en este marco típico, el homicidio resulta en realidad un hecho escindible en naturaleza del acto de desapoderamiento. Esta idea que esgrimo, cuenta con la adhesión de parte de la doctrina que sostiene que "la tentativa no es posible porque, por un lado, la tentativa de apoderamiento con resultado mortal ya constituye el tipo del artículo 165, pues éste no exige la consumación del apoderamiento. Por otra parte, el fin de matar para robar excluye su aplicación a favor de otra figura, y en todo caso, faltando ese dolo y no dándose el resultado de muerte, tampoco podremos estar en la agravante, debiendo aplicarse las reglas del concurso" (Núñez, Ricardo C,

Tratado de Derecho Penal, Lerner, Córdoba, 1978, t. IV, p. 231).

La posición sustentada por la defensa en la interpretación de la norma en pugna adscribe a quitar preeminencia al bien jurídico vida humana que integra el mencionado art. 165, y a que propiciar una incongruencia si se acepta la regla de la tentativa ya que su asistida tendría un marco de pena más conveniente que aquél que afectara de manera exclusiva el mismo bien jurídico vida. Incluso y abordando otra de los argumentos y solución legal propuesta al caso, aquella doctrina que admite la tentativa para el robo agravado por lesiones – no extiende esta solución al artículo 165 C.P. (Tarditti, Aída, "La aplicabilidad de la regla de la tentativa al robo con lesiones (art. 166, inc. 1º C.P.), Semanario Jurídico, N° 943, p. 34).

II.1) Que ante el rechazo del anterior agravio, deviene abstracto e inconducente el agravio referido a imponer una pena menor a la imputada Eugenia Bella Nahuel a consecuencia de la calificación legal solicitada, por lo que adelanto que este agravio no habrá de tener favorable acogida.

II.m) Que por último, solo resta dar tratamiento al agravio referido a la anulación parcial de la sentencia en crisis y la imposición de una menor pena,

por la errónea aplicación del art. 41 del C.P. en la ponderación como circunstancia agravante de la extensión del daño. Del análisis del decisorio emerge que el sentenciante, luego de la controversia suscitada sobre el monto de la pena, afirmó en concordancia con la argumentación de las partes acusadoras que "habré de considerar como agravante la extensión del daño: especialmente que Padilla era padre de cuatro hijos, que tenía ocho nietos y que respecto de dos de ellos, era el referente paterno".

En consecuencia, es dable analizar si dicha circunstancia fáctica reseñada para el cómputo de la pena, configura una válida circunstancia de agravamiento de la pena conforme lo reglado por los arts. 40 y 41 del C.P., o si por el contrario, asiste razón al quejoso. En tal faena, debo analizar la motivación de la sentencia en crisis y el procedimiento seguido para llegar a la delimitación de la pena y en particular, la ponderación del agravante respecto del cual se agravia el asistente técnico de la condenada. Debo adelantar que las pautas mensurativas configuran directrices que no pueden definirse dogmáticamente de modo de llegar a un criterio totalmente objetivo y casi mecánico, ya que tal ponderación debe ser realizada en base a variables que no pueden ser matemáticamente tabuladas "desde que nos hallamos en un

derecho penal de acto, que incluye un juicio de reprobación jurídica, sin contar con que el fondo de la tarea judicial, al menos en su modelo ideal, impone al juez el difícilísimo esfuerzo humano, que en modo alguno puede ser suplido por una cuantificación predeterminada" (cfr. Zaffaroni, Eugenio R.: "Tratado de Derecho penal", T. V, pág. 271, Ed. Ediar, 1997). Sobre el significado de aquellos parámetros fijados legalmente para la cuantificación de la pena, los dos incisos del artículo 41 no pueden interpretarse como una sistematización inflexible objetiva/subjetiva de las circunstancias a tomar en cuenta. Respecto de la "extensión del daño o del peligro" cabe precisar que de una detenida lectura de la pieza impugnada tal parámetro ha sido debidamente ponderado, teniendo especialmente en cuenta que se impuso una pena cercana al mínimo legal en orden al delito por el cual resultara condenada.

En tal sentido, he sostenido que "que no resulta válido el cuestionamiento de la defensa referido al testimonio de las hijas de la víctima, destacando la sentencia el de la ciudadana A. M. quien describe las consecuencias psicológicas del hecho en su madre, que ilustra con la pérdida notoria de peso sin otra causa posible; máxime cuando -reitero- surge de la video filmación que las hijas la acompañaron durante su testimonio, conteniéndola y calmándola permanentemente y

evidentemente dan fe de su percepción acerca de las secuelas del hecho" (Tribunal de Impugnación, caso "C., J. F. S/ABUSO SEXUAL", SENTENCIA N° 79/2014 de fecha 11/08/2014). Por lo expuesto, entiendo que la pena aplicada a la recurrente de autos respetó las pautas de mensura previstas en la normativa de fondo, se encuentran vinculadas a la culpabilidad de la imputada y se relaciona con la prueba producida en el juicio de cesura, en la que se prestaron declaración testimonial Claudia Verónica Padilla y Mirian Vanesa Padilla -hijas de la víctima fatal- quienes depusieron sobre las circunstancias agravantes ponderadas por el juzgador para establecer el quantum de la pena.

Por las razones dadas, soy de opinión que los recursos deducidos por las defensas deben ser desechados en lo sustancial por no configurarse los invocados motivos de agravio, por lo que propicio la confirmación de la sentencia condenatoria dictada en lo que fue materia de impugnación. Mi voto.

El **Dr. Daniel Varessio**, expresó: sobre esta segunda cuestión también me expido en idéntico sentido a la conclusión a la que arriba el colega preopinante.

La **Dra. Gladys Mabel Folone**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El **Dr. Federico Sommer**, dijo:

Que hallo motivo para eximir de costas procesales en esta etapa recursiva a los recurrentes perdidosos (art. 268 segunda parte, segundo párrafo del C.P.P.N.), con fundamento en que el ejercicio del derecho constitucional a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena no debe verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales en caso de que el recurso sea rechazado por el Tribunal de Impugnación. Por lo que encuentro razón suficiente para eximir totalmente de costas al recurrente en la presente instancia (arts. 268 y 270 a "contrario sensu" del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. Daniel Varessio**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Dra. Gladys Mabel Folone**, manifestó: sobre esta tercera cuestión me expido en idéntico sentido a la conclusión a la que arriba el colega preopinante.

Que se deja constancia que el **Dr. Federico Sommer** no suscribe la presente por estar en uso de licencia.

Finalmente el Tribunal de Impugnación,
por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal las impugnaciones ordinarias deducidas por los Dres. Gustavo Vitale y Luis Maria Varela a favor de las imputadas Silvina Ailín TURRA y Bella Eugenia NAHUEL (arts. 233, 236, 238 y 239 del C.P.P.N.).-

II.- RECHAZAR LAS IMPUGNACIONES ORDINARIAS deducidas por los Dres. Gustavo Vitale y Luis Maria Varela a favor de las imputadas Silvina Ailín TURRA y Bella Eugenia NAHUEL por no verificarse los agravios invocados (art. 246 del C.P.P.N.).-

III.- EXIMIR TOTALMENTE DEL PAGO DE COSTAS PROCESALES a los recurrentes por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia condenatoria (art. 268 2do. párrafo del C.P.P.N.).-

IV.- TENER PRESENTE la reserva formulada de deducir impugnación extraordinaria y de caso federal.-

V.- EXHORTAR a sendos recurrentes a evitar en lo sucesivo conductas procesales contrarias al principio de buena fe procesal como la observada.-

VI.- DEJAR CONSTANCIA que el Dr. Federico Sommer no refrenda la presente por encontrarse en uso de

licencia, sin perjuicio de haber participado de la correspondiente deliberación y haber emitido su voto.-

VII.- Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial de la I Circunscripción Judicial para su registración y las notificaciones pertinentes.-

Dr. Daniel Varessio

Juez

Dra. Gladys Mabel Folone

Juez

Reg. Sentencia N° 49 T° IV Fs. 642/660 Año 2015.-